



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 26/12

Verkündet am:  
20. Februar 2014  
Boppel,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB

Eine konkludente Abnahme kommt in Betracht, wenn das Werk nach den Vorstellungen des Auftraggebers im Wesentlichen mangelfrei fertiggestellt ist und der Auftragnehmer das Verhalten des Auftraggebers als Billigung seiner erbrachten Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht verstehen darf.

BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - VII ZR 26/12 - OLG Dresden  
LG Görlitz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari, die Richter Dr. Eick und Dr. Kartzke und die Richterin Graßnack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 15. Dezember 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen die Standsicherheit eines Ganzjahresbades gefährdender Baumängel, die die Klägerin auf mangelhafte Planung und Bauüberwachung der Beklagten zurückführt.
- 2 Die Klägerin beauftragte den Architekten Sch., an dessen Stelle später die Beklagte getreten ist, mit Verträgen vom 14./15. Juli 1998 mit Architekten-

leistungen und der Tragwerksplanung für das Bauvorhaben "Ganzjahresbad K.". Das Bad wurde im Dezember 2000 in Betrieb genommen.

3 Unter dem 21. November 2001 erstellte die Beklagte eine Schlussrechnung, in der sie für ihre Leistungen einschließlich der Architektenleistungen der Leistungsphase 9 des § 15 HOAI (in der ab dem 1. Januar 1996 gültigen Fassung; im Folgenden: a.F.) ein Honorar von insgesamt 3.199.499,73 DM errechnete und unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen eine Restforderung von 65.382,96 DM geltend machte. Auf diese Rechnung erfolgte zunächst nur eine Teilzahlung der Klägerin. Mit Schreiben vom 17. September 2002 machte die Beklagte geltend, inzwischen 62,4 % der Leistungsphase 9 erbracht zu haben, so dass ihr weitere 17.760,68 € zustünden. Dieser Betrag wurde durch die Klägerin beglichen.

4 Mit Schreiben vom 23. Februar 2004 bat die Klägerin die Beklagte um die Übergabe des gesamten Unterlagenbestandes zur Baumaßnahme. Unter anderem ist dort ausgeführt: "In Anbetracht der Tatsache, dass die Baumaßnahme Ganzjahresbad K. wie durch Sie vermerkt als abgeschlossen gilt, ist nicht zu erkennen, weshalb die Unterlagen noch weiterhin in Ihrem Haus verbleiben sollen. Nach ordentlicher Archivierung in unserem Haus stehen Ihnen die Unterlagen auch weiterhin nach Absprache als Sichtungsmaterial zur Verfügung ...". Bis zum 16. November 2004 übergab die Beklagte insgesamt 64 Ordner an die Klägerin.

5 Unter dem 17. Dezember 2004 kündigte die Klägerin eine Restzahlung auf die Schlussrechnung vom 21. November 2001 an, die nachfolgend auch erbracht wurde.

6 Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 29. April 2010, der Beklagten zugestellt am 27. Mai 2010, Klage auf Schadensersatz wegen der Kosten der Män-

gelbeseitigung erhoben sowie die Feststellung verlangt, dass die Beklagte auch zum Ersatz weiterer für die Mängelbeseitigung entstehender Kosten verpflichtet ist. Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zweitinstanzlichen Ansprüche weiter.

#### Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 Auf das Schuldverhältnis ist unter Berücksichtigung der für die Verjährung geltenden Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

#### I.

9 Das Berufungsgericht hält Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 635 BGB a.F. für verjährt. Zur Anwendung komme die fünfjährige Verjährungsfrist aus § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. Nach den Gesamtumständen liege in der Übergabe und Entgegennahme der vollständigen Bauunterlagen am 16. November 2004 eine konkludente Abnahme der Architektenleistungen der Beklagten. Bereits der von der Klägerin geäußerte Wunsch, die Bauunterlagen zu archivieren, zeige, dass sie den Architektenvertrag als beendet betrachtet habe. Das Verhalten der Klägerin vor und nach der Übergabe der Unterlagen

habe objektiv den Rückschluss auf ihren Abnahmewillen zugelassen. Damit sei Verjährung am 16. November 2009 eingetreten.

10 Die Gewährleistungsansprüche der Klägerin wären aber auch dann verjährt, wenn man erst in der Ankündigung der Schlusszahlung der Klägerin vom 17. Dezember 2004 eine stillschweigende Abnahme sehen wollte. Das der Klage vorangehende Anspruchsschreiben vom 9. Dezember 2009 habe in diesem Fall nicht zu einer Hemmung gemäß § 203 BGB der dann am 17. Dezember 2009 eingetretenen Verjährung geführt.

11 Den Arglisteinwand der Klägerin habe das Landgericht zu Recht nicht durchgreifen lassen. Nach dem Vorbringen der Beklagten seien die von der Klägerin benannten Zeugen M. und G. davon überzeugt, dass gerade keine Planungs- oder Bauüberwachungsfehler für den von der Klägerin behaupteten Zustand des Gebäudes ursächlich seien. Konkrete Anhaltspunkte, woraus die Klägerin auf eine positive Kenntnis der Zeugen von einem Architektenfehler schließe, seien von der Klägerin nicht dargelegt. Vor diesem Hintergrund stelle der Antrag auf Vernehmung der Zeugen G. und M einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar.

## II.

12 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

13 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass auf die Verjährung etwaiger Schadensersatzansprüche der Klägerin nach § 635 BGB a.F. wegen eines Planungs- oder Überwachungsverschuldens der Beklagten unter Berücksichtigung der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB grundsätzlich - sofern nicht von einem arglistigen Ver-

schweigen der Mängel ausgegangen werden kann - die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. Anwendung findet (vgl. BGH, Urteile vom 26. September 2013 - VII ZR 220/12, BauR 2013, 2031 Rn. 16 = NZBau 2013, 779; vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 182/10, BauR 2013, 596 Rn. 24 = NZBau 2013, 161; vom 24. Februar 2011 - VII ZR 61/10, BauR 2011, 1032 Rn. 17 = NZBau 2011, 310). Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt, wenn die Abnahme erfolgt ist (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F., § 634a Abs. 2 BGB n.F.) oder wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (BGH, Urteile vom 24. Februar 2011 - VII ZR 61/10, aaO Rn. 16 und vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 Rn. 23 = NZBau 2010, 768).

- 14            2. Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass die Klägerin die Architektenleistungen spätestens zum 16. November 2004 durch die Entgegennahme der von ihr zur Archivierung angeforderten Bauunterlagen konkludent abgenommen hat. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.
- 15            a) Eine Abnahme kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, d.h. durch schlüssiges Verhalten des Auftraggebers, erklärt werden. Konkludent handelt der Auftraggeber, wenn er dem Auftragnehmer gegenüber ohne ausdrückliche Erklärung erkennen lässt, dass er dessen Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt. Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Auftragnehmer gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen. Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteile vom 26. September 2013 - VII ZR 220/12, aaO Rn. 18; vom 25. Februar 2010 - VII ZR 64/09, BauR 2010, 795 Rn. 21 = NZBau 2010, 318;

vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 262 und vom 10. Juni 1999 - VII ZR 170/98, BauR 1999, 1186, 1188 = ZfBR 1999, 327).

16           b) Ausgehend hiervon ist die Würdigung des Berufungsgerichts, nach den Gesamtumständen liege in der Entgegennahme der Bauunterlagen am 16. November 2004 eine konkludente Abnahme der Architektenleistungen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

17           aa) Vergeblich macht die Revision geltend, von der Beklagten sei auch die Leistungsphase 9 zu erbringen gewesen und die Beklagte sei selbst davon ausgegangen, dass am 16. November 2004 noch Leistungen dazu ausstünden hätten. Das ist nicht der Fall. Die Beklagte hat lediglich eingeräumt, dass zum Zeitpunkt der Honorarschlussrechnung vom 21. November 2001 und auch noch zum Zeitpunkt des Schreibens vom 17. September 2002 nicht alle Leistungen der Leistungsphase 9 erbracht waren. Hieraus folgt aber nicht, dass dies am 16. November 2004, also mehr als zwei Jahre später, immer noch der Fall war. Die Revision zeigt keinen Vortrag auf, der dem Berufungsgericht Anlass zur Prüfung gegeben hätte, die Leistungsphase 9 sei am 16. November 2004 noch nicht beendet gewesen. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe sich mit dem Vortrag der Klägerin befassen müssen, wonach sich die Kenntnis der Beklagten von der fehlenden Vollendung der Leistungsphase 9 daraus ergebe, dass sie der Klägerin zwar vereinbarungsgemäß zahlreiche Aktenordner mit Bauunterlagen übergeben habe, die Ausführungsplanung darin aber nicht enthalten gewesen sei. Auf dieses Vorbringen musste das Berufungsgericht nicht eingehen. Ausweislich des Übersendungsschreibens vom 19. Oktober 2004, dessen Empfang einschließlich der Ordner die Klägerin am 16. November 2004 quittiert hat, ist die Beklagte davon ausgegangen, der Klägerin sämtliche Unterlagen übergeben zu haben. Dass die Klägerin nicht erst im vorliegenden Prozess, sondern bereits im Zuge der Entgegennahme der

Unterlagen oder zeitnah hierzu deren Unvollständigkeit oder sonst noch ausstehende Architektenleistungen angemahnt hätte, zeigt die Revision nicht auf. Daher dringt die Revision auch mit ihrem Einwand, das Berufungsgericht habe unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag noch im Jahr 2003 damit beschäftigt gewesen sei, Gewährleistungsansprüche abzuarbeiten, nicht durch. Zutreffend hieran ist, dass sich aus dem Inhalt eines von der Beklagten zur Gerichtsakte gereichten Aktenvermerks zu einer Besprechung vom 18. Dezember 2003 ergibt, dass zu diesem Zeitpunkt noch drei dort näher bezeichnete Baumängel nicht abgearbeitet waren. Diese im Dezember 2003 noch ausstehenden Mängelbeseitigungsarbeiten belegen aber nicht, dass auch im November 2004 noch Restleistungen der Beklagten aus der Leistungsphase 9 ausstanden, die einer Abnahme entgegenstanden.

- 18 Auf dieser Grundlage ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme annimmt, ohne abschließend aufgeklärt zu haben, ob die Leistungen der Leistungsphase 9 im November 2004 tatsächlich vollständig erbracht waren. Zwar kann eine konkludente Abnahme im Regelfall nur angenommen werden, wenn alle vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht sind (BGH, Urteile vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 155/04, BauR 2006, 396 Rn. 12 = NZBau 2006, 122; vom 25. Februar 1999 - VII ZR 190/97, BauR 1999, 934, 935 = ZfBR 1999, 202 und vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111, 114). Hat der Architekt auch die Leistungen der Phase 9 des § 15 Abs. 2 HOAI übernommen, ist sein Werk erst dann vollendet, wenn auch diese Leistungen erbracht sind (BGH, Urteile vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, BauR 2014, 127 Rn. 29 = NZBau 2014, 47; vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 155/04, aaO Rn. 12 und vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93, aaO S. 114). Die Vollendung des Werks ist jedoch nicht ausnahmslos Voraussetzung für eine konkludente Abnahme, da es stets maßgeblich darauf ankommt, ob nach den gesamten Umständen das Verhalten des Auftraggebers vom Auftragnehmer



dahin verstanden werden kann, er billige die erbrachte Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht. Das kann auch dann der Fall sein, wenn die Leistung Mängel hat oder noch nicht vollständig fertig gestellt ist (vgl. BGH, Urteile vom 18. Februar 2003 - X ZR 245/00, BauR 2004, 337, 339; vom 10. Juni 1999 - VII ZR 170/98, BauR 1999, 1186, 1188 = ZfBR 1999, 327; vom 25. Januar 1973 - VII ZR 149/72, BauR 1973, 192, 193). So hat der Bundesgerichtshof erst kürzlich entschieden, dass eine noch ausstehende Restleistung der Annahme einer konkludenten Abnahme des Architektenwerks dann nicht entgegensteht, wenn der Besteller bereit ist, das Werk auch ohne diese Restleistungen als im Wesentlichen vertragsgerecht zu akzeptieren (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 220/12, BauR 2013, 2031 Rn. 22 = NZBau 2013, 779). Eine konkludente Abnahme kommt dementsprechend in Betracht, wenn das Werk jedenfalls nach den Vorstellungen des Auftraggebers im Wesentlichen mangelfrei fertiggestellt ist und der Auftragnehmer das Verhalten des Auftraggebers als Billigung seiner erbrachten Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht verstehen darf (vgl. Kniffka in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 4. Teil Rn. 19).

- 19            So liegt es hier. Das vom Berufungsgericht in Bezug genommene Schreiben der Klägerin vom 23. Februar 2004 kann dahin verstanden werden, dass die Klägerin, den Ausführungen der Beklagten folgend, das Bauvorhaben als abgeschlossen betrachtete und lediglich noch die Übergabe der bei der Beklagten vorhandenen Bauunterlagen zum Zwecke der Archivierung erfolgen sollte. Die Anforderung der Bauunterlagen zur Archivierung lässt - wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht - den Schluss zu, dass die Klägerin jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt nicht davon ausging, die Unterlagen seien noch zur Durchsetzung von weiter zu verfolgenden Gewährleistungsansprüchen gegenüber den Bauunternehmern erforderlich. War nach den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien die Architektenleistung bereits Ende Februar 2004 im

Wesentlichen - bis auf die Herausgabe der Unterlagen - vollendet, dann ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme zum Zeitpunkt der Entgegennahme der nach den Vorstellungen der Parteien vollständigen Unterlagen annimmt, unabhängig davon, ob diese tatsächlich vollständig waren. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass das Bauvorhaben bereits vier Jahre zuvor in Benutzung genommen worden war, die Beklagte schon zwei Jahre zuvor mitgeteilt hatte, sie habe den überwiegenden Teil der Leistungsphase 9 erbracht und die Klägerin keine Umstände vorträgt, die Anlass zu der Annahme geben, es stünden noch gewichtige Restleistungen für diese Leistungsphase aus.

20           bb) Ebenfalls ohne Erfolg bleibt der Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe der Klägerin keine Prüfungsfrist hinsichtlich der Unterlagen zugebilligt. Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, dass die Unterlagen von der Klägerin zur Archivierung und nicht zur Überprüfung der Architektenleistungen angefordert worden sind. Zur Überprüfung der Architektenleistungen hatte der Klägerin bereits ein Zeitraum von vier Jahren nach Ingebrauchnahme des Bauwerks zur Verfügung gestanden, ohne dass sie dazu die Planungsunterlagen angefordert hätte. Waren die Unterlagen nur zur Archivierung angefordert, bedurfte es nicht der Einräumung einer Prüfungsfrist.

21           cc) Unbegründet ist danach auch die Rüge, das Berufungsgericht habe eine unzulässige Überraschungsentscheidung getroffen, weil es ohne entsprechenden Hinweis bereits in der Entgegennahme der Unterlagen eine konkludente Abnahme gesehen habe und damit von einem noch früheren Abnahmezeitpunkt als das Landgericht ausgegangen sei. Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht einen entsprechenden Hinweis hätte erteilen müssen. Denn ein eventueller Verfahrensverstoß wäre jedenfalls nicht entscheidungserheblich. Die Klägerin hätte, wie die Revision vorträgt, nach erfolgtem Hinweis lediglich

ihre in der Revision erhobenen Einwände vorgebracht. Diese Einwände hätten - wie dargelegt - eine andere Entscheidung des Berufungsgerichts nicht gerechtfertigt.

- 22 c) Hat die Klägerin die Architektenleistungen der Beklagten am 16. November 2004 konkludent abgenommen, dann ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. für etwaige Ansprüche der Klägerin aus § 635 BGB a.F. wegen eines Planungs- oder Überwachungsverschuldens der Beklagten am 16. November 2009 abgelaufen war. Eine rechtzeitige Hemmung der Verjährung ist bis zu diesem Zeitpunkt weder nach § 203 Satz 1 BGB noch nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingetreten.
- 23 3. Zu Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, auch der von der Klägerin erhobene Arglisteinwand greife nicht durch. Die diesbezügliche Beurteilung des Berufungsgerichts beruht auf einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör, welche zur Aufhebung des Berufungsurteils führt.
- 24 a) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die Nichtberücksichtigung erheblicher, hinreichend substantiiert vorgetragener Beweisangebote verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (st. Rspr.; BGH, Beschlüsse vom 29. April 2013 - VII ZR 37/12, BeckRS 2013, 08457 Rn. 9; vom 8. November 2012 - VII ZR 199/11, bei juris Rn. 8; vgl. auch BVerfG, WM 2012, 492 Rn. 14).
- 25 b) Daran gemessen liegt eine Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör durch die unterbliebene Vernehmung der Zeugen G. und M. vor. Der Beklagten waren unter anderem die Leistungen der Objektüberwa-

chung und der Objektbetreuung übertragen. Die Klägerin hat vorgetragen, dass zahlreiche der von ihr gerügten Baumängel, deretwegen sie die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, visuell erkennbar waren. Sie hat behauptet, dass den für das Bauvorhaben eingesetzten Trägern das erforderliche Ü-Zeichen gefehlt habe, die Lamellenstärke der einzelnen Elemente 4,2 cm (anstatt 3,3 cm) betragen habe, die Brettschichtträger durch verschiedene Klimazonen durchgehend verbaut worden seien, die Wandanschlüsse nicht luftdicht abgeschlossen gewesen seien und die aus dem Gebäude austretenden Trägerbalken keinen konstruktiven Holzschutz gegen Bewitterung durch die aus der Badehalle austretende feuchte Warmluft aufgewiesen hätten. Hieraus hat die Klägerin den Schluss gezogen, dass der örtliche Bauleiter diese Mängel erkannt habe. Wenn diese Behauptung zutrifft, dann kann hieraus eine Verletzung der Objektüberwachungs- und Objektbetreuungspflichten der Beklagten folgen, die sie der Klägerin bei der Abnahme der Architektenleistungen arglistig verschwiegen haben kann (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Juni 2004 - VII ZR 345/03, BauR 2004, 1476). Denn die Kenntnis des von ihr eingesetzten örtlichen Bauleiters wird der Beklagten nach § 278 BGB zugerechnet (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 69).

26 Als örtlichen Bauleiter hat die Klägerin den Zeugen G. angesehen. Den Zeugen M. als von der Beklagten angegebenen verantwortlichen Projektleiter hat sie ergänzend benannt, weil ihr die interne Aufgabenverteilung der Beklagten nicht bekannt gewesen sei. Ausgehend hiervon musste das Berufungsgericht dem Beweisangebot der Klägerin, den Zeugen G. und M. seien die gerügten Baumängel bekannt gewesen, nachgehen. Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt nicht vor, denn die unter Beweis gestellte Behauptung ist nicht ohne greifbare Anhaltspunkte willkürlich ins Blaue hinein aufgestellt worden (vgl. BVerfG, WM 2012, 492 Rn. 15). Die Erwägung des Berufungsgerichts, die Vernehmung der Zeugen könne unterbleiben, weil diese nach dem Vortrag

der Beklagten davon überzeugt seien, sich in jeder Hinsicht korrekt verhalten zu haben, beruht auf einer unzulässigen und gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstößenden vorweggenommenen Beweiswürdigung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 29. April 2013 - VII ZR 37/12, BeckRS 2013, 08457 Rn. 13; vom 12. März 2013 - VIII ZR 179/12, BeckRS 2013, 06022 Rn. 12; vom 17. August 2011 - XII ZR 153/09, BeckRS 2011, 22517 Rn. 11 sowie BVerfG, WM 2012, 492 Rn. 15 ff.).

27 c) Der Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich. Es kann nach dem Sach- und Streitstand nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts bei Vernehmung der Zeugen zu Gunsten der Klägerin ausgefallen wäre. Wenn der Klägerin der Nachweis der Kenntnis des Bauleiters von den Mängeln gelingt, kann der Eintritt der Verjährung durch die im Jahr 2010 erhobene Klage gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB i.V.m. § 638 Abs. 1, § 195 BGB a.F., § 634a Abs. 3 Satz 1, § 195, § 199 Abs. 1 BGB n.F. i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 EGBGB rechtzeitig gehemmt worden sein.

### III.

28 1. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

29 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

30 Sollte die Beklagte einen Mangel nicht arglistig verschwiegen haben, wird das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien noch unter dem Blickwinkel zu prüfen haben, ob der Beklagten die Einrede der Verjährung mit Rücksicht auf die Grundsätze der Sekundärhaftung bei Architektenverträgen versagt ist (vgl. BGH, Urteile vom 28. Juli 2011 - VII ZR 4/10, BauR 2011, 1840 Rn. 10

= NZBau 2001, 691; vom 23. Juli 2009 - VII ZR 134/08, BauR 2009, 1607 Rn. 11 ff. = NZBau 2009, 789; vom 26. Oktober 2006 - VII ZR 133/04, BauR 2007, 423 Rn. 9, 10 = NZBau 2007, 108). Die Revision beanstandet mit Recht, dass das Berufungsgericht das dahingehende Vorbringen der Parteien nicht gewürdigt hat. Die Aufhebung und Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, dies und gegebenenfalls fehlende Feststellungen hierzu nachzuholen.

Kniffka

Safari Chabestari

Eick

Kartzke

Graßnack

Vorinstanzen:

LG Görlitz, Entscheidung vom 06.04.2011 - 1 O 166/10 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 15.12.2011 - 10 U 638/11 -